

## TEORIA GERAL DOS CONCEITOS LEGAIS INDETERMINADOS

**JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO**

*Professor Titular da UFMG. Livre Docente e Doutor em Direito. Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Prêmio Pontes de Miranda, pelo livro "Teoria Geral do Federalismo". Presidente do CONPEDE - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito*

As expressões "conceitos jurídicos indeterminados" ou "conceitos legais indeterminados" vêm sendo objeto de vários estudos e reflexões. O exercício do poder administrativo, em muitas ocasiões, efetua-se por leis que contêm conceitos jurídicos indeterminados, descrevendo, de forma abstrata, as hipóteses constantes de certo fato normatizado, o tipo ou critério de consequência jurídica. A técnica germânica dos conceitos jurídicos indeterminados tem sido assimilada, em vários países, pela doutrina e pela jurisprudência.

A doutrina tem apreciado as diferenças entre os conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade administrativa. A diferença teórica, em termos de princípio, entende que quando a lei condiciona o exercício do poder administrativo, mediante um conceito jurídico indeterminado, só admite uma solução justa, que decorre da subjunção dos fatos na esfera significativa do conceito, mediante um processo lógico-jurídico.

O conceito jurídico indeterminado, em todas as situações, deve chegar a uma solução verdadeira e justa. Sua idéia apóia-se em um conceito transcendente de justiça e de verdade, com a crença nas possibilidades do discernimento humano. A aplicação de um conceito indeterminado, com enorme grau de abstração, gera uma pluralidade de opiniões sustentáveis mediante argumentos lógicos e razoáveis, que se

desdobram da pura interpretação jurídica, para estender-se a juízos de tipo técnico ou de puras valorações fáticas.<sup>1</sup>

O acompanhamento da doutrina e da jurisprudência leva-nos ao alcance da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados. As declarações jurisprudenciais de princípio explicam a existência de uma única solução justa, ao lado do reconhecimento de amplas margens de apreciação, na qual a Administração entende que “essa” deverá ser a solução. Questiona-se, também, a tese da “solução única”.

A aplicação dos conceitos indeterminados é vista dentro da categoria que a doutrina italiana denomina de fatti opinabili. Neste caso, a solução justa poderia ser uma única, no plano da filosofia pura. Entretanto, na maioria dos casos não existiria unanimidade na busca de determinada solução, pelo que não seria possível atingi-la por processos discursivos ou probatórios. O problema real se reduziria a determinar quem declara qual é a solução, que se há de estimar como justa e verdadeira, estabelecendo-se a solução conveniente ou mais conveniente, entre as aceitáveis e válidas pelo direito.

Eduardo Garcia de Enterría afirma, de maneira correta, que a questão do controle judicial do exercício dos poderes discricionários da Administração é um tema clássico da Teoria do Direito. Diz, ainda, que nos últimos anos, tem surgido viva polémica sobre este velho tema.<sup>2</sup>

Com a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, a lei estabelece uma esfera de realidade cujos limites não aparecem bem precisos em sua enunciação, apesar de pretender um pressuposto concreto. A lei não determina com exatidão os limites destes conceitos, desde que se trata de definições que não admitem uma quantificação ou determinação rigorosa.

Não está claro que exista uma diferença entre conceitos indeterminados e discricionariedade administrativa, pelo que a Administração pode levar a termo aplicações distintas do conceito que seriam igualmente lícitas, para uma solução juridicamente aceitável.

---

1 **SALAVERRÍA, J. Ígartua.** Conceptos indeterminados y hechos de derecho. Rev. Vasca de Admón. Públ., 1993, nº 36; **SÁNCHEZ MORÓN, Miguel.** Discrecionalidad administrativa y control judicial. Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1994, 1ª edição, reimpressão, 1.995, págs. 116 e segs.; **SEOANE, A Mozo.** La discrecionalidad de la Administración pública en España. Montecorvo, 1985; **MARTINES, T.** Concetti indeterminati e attività interpretativa della Corte Costituzionale, em AAVV. Studi sull' Art. 41 della Costituzione. Patron, Bologna, 1969.

2 Indeed. What is administrative law about if not the control of discretion?, em Schwartz. B. Administrative Law, Boston, 1991, 3ª ed.

Na compreensão dos conceitos jurídicos indeterminados, como afirma Eduardo García de Enterría, devemos insistir na atualidade geral da técnica dos princípios gerais do direito, reconhecidos em todos os sistemas positivos, como essencial ao processo aplicativo do direito. Essa técnica, no que se refere aos seus efeitos, constitui um dos valores centrais do ideário democrático, que é o consenso. Deve existir o esforço permanente de justificação das decisões, mediante a demonstração de seu caráter racional e plausível.<sup>3</sup>

A compreensão da indeterminação, decorrente de certas linguagens insuficientes para adequação concreta da norma, aproxima-se da compreensão do âmbito do direito: “Se si cercano nell’ambito del diritto i meccanismi corrispondenti a varietà, selezione e stabilizzazione, ci si imbatte in tre ambiti di funzione che si possono distinguere como: 1) molteplicità e carica conflittuale delle aspettative normative; 2) processo di decisione; 3) formulazione regolativa del diritto valido”.<sup>4</sup>

A constitucionalização do Sistema Administrativo Público e de Governo, no que se refere ao controle da discricionariedade administrativa, mereceu de Miguel Beltrán de Felipe, diversas referências a Galligan (Discretionary powers), Davis (Discretionary justice) e a García de Enterría (La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo).

Várias transformações têm ocorrido para a compreensão das atividades administrativas do Estado contemporâneo, pelo que a doutrina ressalta pontos como: o indefinível Estado mínimo, a teoria econômica do não-Estado mínimo, a teoria econômica do não-Estado, a justiça distributiva contra o Estado redistribuidor, a negação do social, saída da alternativa privatização/estatização, redução da procura do Estado, reencaixar a solidariedade na sociedade, desenvolver a visibilidade social, o espaço pós-social-democrata ou os interesses transindividuais, de que nos dá excelente lição José Luis Bolzan de Moraes.<sup>5</sup>

- 
- 3 **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo.** Democracia. Jueces y Control de la Administración, Editorial Cívitas, S. A., Madrid, 1995, 1ª edição.
  - 4 **LUHMANN, Niklas.** La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto, Società editrice il Mulino, 1990, tradução de Raffaele De Giorgi e Michele Silbernagl. Edizione italiana a cura di Raffaele De Giorgi, p. 41.
  - 5 **ROSANVALLON, Pierre.** La Crise de l'État-Providence, Éditions du Seuil, 1981; **MORAIS, José Luis Bolzan de.** Do Direito Social aos Interesses Transindividuais. O Estado e o Direito na Ordem Contemporânea, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 1996.
-

Os conceitos indeterminados crescem em sua amplitude, quando procuramos definir a tutela judiciária do cidadão, em frente da Administração Pública. A garantia jurisdicional da cidadania, no confronto com a autoridade administrativa, constitui tema essencial para o ordenamento democrático.<sup>6</sup>

Os esforços para o controle da Administração Pública, que, em muitos casos, age “omissivamente”, descumprindo suas atribuições constitucionais e administrativas, têm propiciado grande diversidade nessa temática. A jurisprudência administrativa italiana, com a abertura de novas fontes em matéria de tutela cautelar e de execução de sentenças, mediante o giudizio di ottemperanza, à proteção dos interesses difusos ou à revalorização da jurisdição administrativa de mérito, a intensidade da fiscalização judicial da discricionariedade, denominada de judicial difference, levam-nos a novos indicativos dos conceitos legais indeterminados.

Novos parâmetros de controle surgem, não apenas no que se refere ao controle da legalidade e controle da oportunidade ou mesmo da categoria da discricionariedade ou do mérito. Outros temas assumem relevância nos procedimentos de controle: erro manifesto de apreciação; erro evidente; controle da moralidade; interesse público; ausência de proporção; fins e motivos; teoria do mínimo lógico e de bom senso; teoria da aparência; concretização da regra jurídica em cada grau de hierarquia; controle da eficiência; proporcionalidade e desproporção; inconvenientes da decisão.<sup>7</sup>

As modernas técnicas de controle judicial da discricionariedade, os princípios da não arbitrariedade, da razoabilidade, da racionalidade e da proporcionalidade propiciaram melhores procedimentos no acompanhamento da Administração Pública. A doutrina e os tribunais (constitucionais, administrativos e de jurisdição ordinária) têm procurado aperfeiçoar uma série de modos de controle, com qualificativa mudança de apreciação das matérias atinentes ao tema ora examinado.

Os novos parâmetros de controle propiciaram o desenvolvimento e a aplicação dos:

- 
- 6 **CANNADA-BARTOLI, Eugenio.** La Tutela Giudiziaria del Cittadino. Verso la Pubblica Amministrazione. Dott. A. Giuffrè Editore, Milão, 1964, 2ª edição.
- 7 **GALABERT, J. M. GENTOT, M.** Le contrôle de l'erreur manifeste par le juge de l'excès de pouvoir. AJDA, 1962; **BOURGOIS, J. P.** L'erreur manifeste d'appréciation. La décision administrative, le juge et la force de l'evidence. Coll. L'espace juridique, Lille, 1988; **GOYARD, C.** Les idées de Charles Eisenmann sur la théorie du contrôle des motifs. Mél. Eisenmann, Cujas, Paris, 1975.
-

- a) Princípios gerais do Direito;
- b) Conceitos jurídicos indeterminados.<sup>8</sup>

Esses dois indicativos deram lugar à melhoria da sistematização dos procedimentos de fiscalização da discricionariedade administrativa, com base nos quatro pressupostos:

- princípio de interdição da arbitrariedade;
- princípio da razoabilidade;
- princípio da racionalidade;
- princípio da proporcionalidade.

As bases constitucionais do controle jurisdicional das administrações públicas, a extensão e os limites deste controle, com a revisão de questões constitucionais vinculam-se ao processo justo e devido. Certa vocação globalizante, expressa no recurso à cláusula geral que sanciona a presunção da revisão da totalidade das atividades ou inatividades da Administração Pública, encontra-se, em muitas oportunidades, com previsões relativas ao controle da discricionariedade. No direito norte-americano, a Administrative Procedure Act distingue a exclusão da revisão em função de uma previsão legislativa expressa e a exclusão de revisão em função da discricionariedade da atuação administrativa.

Convém ressaltar que os debates sobre a revisão jurisdicional, na maioria dos ordenamentos jurídicos nacionais, qualquer que seja a tradição jurídica, situam-se na capacidade dos tribunais para examinar o conteúdo de uma decisão administrativa, deixando-a sem efeito ou impondo sua modificação.

Os conceitos jurídicos indeterminados, os processos de interpretação, a discricionariedade e sua redução, o interesse público como conceito jurídico, a arbitrariedade e o abuso do poder são critérios nucleares relativos à supervisão da atividade administrativa, resultante do exercício dos poderes discricionários, destacando-se a função ordenadora do direito, em sua relação com os princípios do direito comum na conformação do ordenamento geral. A ausência do controle das formas de agir autoritárias, leva ao que é caprichoso, abusivo e irracional, contrariando os princípios essenciais do ordenamento jurídico.<sup>9</sup>

---

8 **BELTRÁN DE FELIPE, Miguel.** Discrecionalidad Administrativa y Constitución. Editorial Tecnos, S.A., 1995, p. 82.

9 **FOIX, Montserrat Cuchillo.** Jueces y Administración en el Federalismo Norteamericano (El control jurisdiccional de la actuación administrativa) Escola d'Administración Pública de Catalunya. Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1996, 1ª edição.

Várias são as dificuldades que surgem, quando ocorre a interpretação e aplicação dos conceitos legais indeterminados. Tais pronunciamentos levam à questão referente à natureza do poder exercido pela Administração, quando se interpreta ou se aplica certo tipo de conceito. Quando procuramos traçar os paradigmas de um Estado de Direito, onde ocorre controle efetivo, dinâmico e flexível da Administração, situamos grande número de conceitos indeterminados no Direito Administrativo.

Os conceitos indeterminados no Direito Administrativo são diferentes dos que encontramos em outras áreas do direito, principalmente no direito civil e no direito penal.

A doutrina ressalta as dificuldades em precisar o conceito jurídico indeterminado, tendo em vista a sua amplitude e sua compreensão em casos concretos.

A caracterização dos conceitos legais indeterminados, parte do pressuposto de que estão presentes os significados que se caracterizam por elevado grau de indeterminação, por isto são contrapostos aos denominados conceitos determinados. Entre os conceitos indeterminados, como regra geral no direito, o alcance de indeterminação nem sempre é o mesmo, ocorrendo grande variação. A doutrina e a jurisprudência reservam os conceitos indeterminados, para aquelas situações que indicam elevado grau de indeterminação. Mesmo assim, são relacionados certos conceitos indeterminados como: conceitos descritivos, conceitos normativos, conceitos de valor e conceitos discricionários.

Os conceitos legais indeterminados têm grande importância no Direito Comparado, sendo que Antônio Francisco de Sousa examina a doutrina e a jurisprudência na Alemanha, na França, na Itália, na Espanha e em Portugal.

Os estudos em torno dos conceitos jurídicos indeterminados, aparecem à margem da apreciação discricionária. Em certas ocasiões o exercício do poder administrativo é condicionado por lei, mediante conceitos jurídicos indeterminados, que descrevem, de forma abstrata, a hipótese do fato normativo e o tipo ou critério da consequência jurídica. A técnica germânica dos conceitos jurídicos indeterminados foi assimilada, rapidamente pela doutrina e jurisprudência espanhola. Entende a doutrina que nem sempre existe uma diferença profunda entre conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa, como quer certa corrente doutrinária. Quando a lei condiciona o exercício do Poder Administrativo, por meio de um conceito jurídico indeterminado, só admite uma solução justa, derivada da subsunção dos fatos mediante um processo lógico jurídico. Este processo exclui a discricionariedade, desde que esta supõe por definição administrativa, que existem várias soluções igualmente lícitas, entre as quais a Administração poder a operar livremente.

Os conceitos legais indeterminados ou para alguns conceitos jurídicos indeterminados, surgem no século XIX, na Áustria, quando se indagava se eles, empregados pelo legislador, eram ou não susceptíveis de ser controlados pelos tribunais administrativos. A concepção prevalente nos Estados Germânicos, assenta-se em quatro pontos principais:

- “- Divisão da norma em previsão (*Tatbestand*) e estatuição (*Rechtsfolge*);
- Colocação dos conceitos legais indeterminados no Tatbestand legal (enquanto a discricionariedade se acantona na estatuição).
- Subordinação, por princípio, da interpretação e aplicação de todos os conceitos legais indeterminados, por mais indeterminados que sejam, ao controle total ou pleno dos tribunais administrativos;
- Reconhecimento na aplicação de certas categorias de conceitos legais indeterminados de uma “margem de apreciação” (*Beurteilungsspielraum*) a favor da autoridade administrativa que os aplica. Nestes casos, o controle jurisdicional é limitado.”<sup>10</sup>

No subsistema francês, a questão dos conceitos indeterminados é apresentada de maneira diferente daquela que ocorre na Alemanha. A diferença entre as duas posições é que, na Alemanha, não se faz claramente a distinção entre conceitos indeterminados e a problemática da discricionariedade administrativa. Também convém ressaltar a importância da jurisprudência administrativa, principalmente a do Conselho de Estado. Michel Fromont e Laubadère apreciam o controle jurisdicional dos conceitos indeterminados e a importância da jurisprudência francesa, no controle do poder discricionário.

A doutrina italiana parte da distinção entre discricionariedade administrativa e discricionariedade técnica, chegando à compreensão da discricionariedade resultante dos conceitos indeterminados e dos conceitos técnicos. A doutrina espanhola começou

---

10 SOUSA, ANTÓNIO FRANCISCO DE. “*Conceptos Indeterminados*” no *Direito Administrativo*, Livraria Almedina, Coimbra, 1.994, pág. 37.

a tratar dos conceitos jurídicos indeterminados, em 1962, com um artigo de García de Enterría.<sup>11</sup>

Entende García de Enterría o significado do princípio de legalidade, como vinculação positiva, de acordo com a qual a administração só pode fazer aquilo que lhe é permitido. Em todas as ocasiões, mesmo no exercício dos poderes discricionários, está vinculada a lei. Esta vinculação ocorre debaixo de quatro elementos: existência do poder, sua extensão, competência e fim. Com esses pressupostos García de Enterría destaca os conceitos jurídicos indeterminados.

Para Antônio Francisco de Sousa, “o uso de conceitos indeterminados pelo legislador é, muitas vezes, fruto do acaso ou deve a sua razão de ser a motivo de ordem lingüística (indeterminação vocabular). Noutros casos, a indeterminação é imposta pela situação de fato. Só em certas situações se integram na manifestação da “intenção” de atribuir à autoridade administrativa uma “liberdade de atuação”. Frequentemente, o legislador não tem sequer a possibilidade de escolher entre o uso de conceitos determinados ou indeterminados. O recurso aos conceitos indeterminados apresenta-se-lhe como absolutamente necessário, pelo que não nos é legítimo dizer que, se o legislador empregou o conceito indeterminado (mesmo um conceito de valor), foi porque quis atribuir uma “margem de apreciação” ou, o que ainda é pior, no caso dos “conceitos discricionários”, quis atribuir um poder discricionário”.<sup>12</sup>

Referindo-se à obra de Manuel Martin Gonzalez<sup>13</sup>, entende Antônio Francisco de Sousa que os conceitos indeterminados são aqueles que “carecen de la determinación necesaria para su aplicación sin una previa determinación de ciertos elementos que no resultan del propio concepto”. Na classificação de Martin Gonzalez aparecem os conceitos jurídicos distribuídos em duas grandes categorias: a) “determinados (diretamente determinados pela norma e indiretamente determinados por remissão (formal ou não) à experiência de quem deva aplicá-los (remissão tácita ou expressa); b) indeterminados (os que carecem de determinação necessária para a

---

11 **ENTERRÍA, García de.** *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo; poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos*. Revista de Administración Pública, Madrid, n. 38, 1962.

12 **SOUZA, Antônio Francisco de.** “Conceitos Indeterminados” no *Direito Administrativo*, ob. cit., p. 57.

13 **GONZALEZ, Manuel Martin.** *El grado de Determinación Legal de los conceptos jurídicos*, R.A.P., n° 54; **SOUZA, Antônio Francisco de.** “Conceitos Indeterminados” no *Direito Administrativo*, ob. cit., p. 79.



sua aplicação, sem uma prévia determinação de certos elementos que não resultam do próprio conceito. Só fazem parte desta categoria os conceitos que a integram quando, examinado o “bloco jurídico”, persiste a indeterminação” (ob. cit., p. 81).

Com assentos nos ensinamentos doutrinários de Ehrhardt Soares, Afonso Queiró, Sérvulo Correia, Gomes Canotilho, Gonçalves Pereira, Azevedo Moreira, Esteves de Oliveira, Marcello Caetano, Freitas do Amaral e António Francisco de Souza, apresenta certos tipos de conceitos imprecisos, em sentido amplo:

- 1 - Conceitos descritivos-empíricos;
- 2 - Conceitos imprecisos de natureza jurídica;
- 3 - Conceitos definíveis em consideração de circunstâncias de tempo e de lugar.

A obra de António Francisco de Souza não se esgota com a análise dos conceitos indeterminados no Direito Comparado, com múltiplas referências sobre a colocação do problema, análise da doutrina dos conceitos legais indeterminados e caracterizados mesmo; assenta-se em vários autores a partir do clássico Manorco e Sousa, Fritz Werner, Karl Engisch, Heller, Peter Häberle, Bernatzik, Tezner, Bühler, Scheuner, Bachof, Klein, Michel Fromont, Laubadère, Bounard, Dreyfus, Debasch, Massimo Severo Giannini, Roberto Alessi, Pietro Gasparini, Garcia de Enterría, Ehrhardt Soares, Gomes Canotilho, Freitas do Amaral e muitos outros doutrinadores.

O trabalho dedica-se a diversos aspectos da Teoria da Discricionariedade, com temas afins: discricionariedade técnica, margem de decisão administrativa, margem de prognose, “discricionariedade de planificação”, prognose e discricionariedade administrativa, prognose legislativa, a jurisprudência, características específicas da planificação em face da estrutura tradicional do Direito Administrativo, características das normas de planificação, diretivas da planificação administrativa, dever da justa ponderação dos interesses (método e conceito de “dever de justa” ponderação dos interesses em conflito, como princípio do Estado de Direito, direito subjetivo público à justa ponderação dos interesses em conflito, discricionariedade de planificação (Planungsermessen), administração criadora e discricionariedade administrativa.

Ressalte-se o controle jurisdicional da discricionariedade, em que o juiz administrativo tem uma limitação em seu controle, desde que a lei não atribui função criadora de planificação ao juiz, mas à Administração, quando ocorre:

“1ª fase: Controle perfeito. Controle dos chamados conceitos jurídicos indeterminados. Controle pleno dos trâmites processuais, isto é, do decurso do

procedimento, da forma e fundamentação, do tratamento de informações e da fundamentação da ponderação.

2ª fase: Controle limitado. O restante material de decisão é controlado pelos tribunais administrativos, apenas nos seus “contornos externos” (häuberer Rahmen), porque aqui se trata da valoração e pesagem de variantes, as quais, por seu lado, estão intimamente interligadas com outros setores administrativos, como as finanças e a organização administrativa, cujos resultados pertencem à responsabilidade da Administração, resultados estes que ultrapassam as dimensões dos processos individuais (administração como programa). Nestes termos, os tribunais administrativos, alemães exercem o seu controle, quanto à ponderação e à prognose, da seguinte forma:

1º - Verificam se existiu, ou não, uma ponderação;

2º - Se, na ponderação, foram tomados em consideração todos os interesses que “segundo a natureza das coisas” (nach Lage der Dinge) deveriam ter sido considerados nessa mesma ponderação;

3º - Se é representável ou sustentável a valoração feita dos interesses individuais, isto é, se o significado dos interesses em causa não foi desconhecido;

4º - Se existe uma evidente ou manifesta violação do princípio da proporcionalidade no equilíbrio entre os interesses concorrentes do plano”.<sup>14</sup>

O controle contencioso dos conceitos indeterminados assenta-se em princípios fundamentais, sendo que na República Federal da Alemanha o Tribunal Administrativo Federal (BVerWG) aprecia os conceitos legais indeterminados, de maneira ocasional e limitada. A doutrina, mais tarde, com o restabelecimento do Estado de Direito democrático, consagrou o controle pleno da interpretação e aplicação que a Administração fazia dos conceitos legais indeterminados.<sup>15</sup>

O contencioso administrativo, na França, dedicou-se, também, ao controle jurisdicional dos conceitos indeterminados.<sup>16</sup>

O contencioso administrativo francês tem grande influência no assunto, sobretudo mediante o Conselho de Estado. O controle dos conceitos indeterminados

14 SOUSA, Antônio Francisco de. “Conceitos Indeterminados” no Direito Administrativo, ob. cit., pp. 152 e 153.

15 FROMONT, M. R.F.A., L'État de Droit, R.D.P., Paris, 1984.

16 WALINE, Jean. L'évolution du contrôle de l'administration, R.D.P., Paris, 1984; LOSCHAK, D. Le rôle politique du juge administratif, L.G.D.J., Paris, 1972; BÉNOIT, F. P. Le Droit administratif français, Dalloz, Paris, 1968.

assenta-se na compreensão de todo o controle jurisdicional sobre a ação administrativa. Sendo que ele baseia-se no “recours pour excès de pouvoir”, em que são verificados temas como:

1. Um acto administrativo unilateral e executório
2. Não se trata de um acto de governo
3. Verifique-se um interesse em agir, quer se trate de pessoas físicas, ou de pessoas morais;
4. Verifique-se um “caso de abertura” (cas d’ouverture) do recurso por excesso de poder. Os “casos de abertura” do “recurso por excesso de poder” podem ser:
  - a) Incompetência;
  - b) Vício de forma e de procedimento;
  - c) Violação de lei. Neste caso, o controle jurisdicional pode ter três intensidades:

- d1) Controle mínimo da qualificação jurídica dos fatos (praticamente restrito ao “erro manifesto”);
- d2) Controle normal da qualificação jurídica dos factos;
- d3) Controle máximo quando o poder discricionário da Administração ameaça o exercício de liberdade pública ou põe em causa o direito de propriedade”.<sup>17</sup>

O controle mínimo ou controle dos contornos, limitado ao erro manifesto de apreciação, o controle normal de qualificação jurídica dos fatos, o controle máximo (controle máximo para proteger liberdades públicas; o controle máximo na defesa da propriedade privada) surgem como mecanismos de apreciação e exame das atividades administrativas.

A doutrina ressalta a diferenciação que existe entre interpretação e aplicação dos conceitos legais indeterminados, considerando seu caráter ocasional, surgindo a regra geral do não controle dos “conceitos indeterminados”, que envolverem discricionariedade técnica, que se refere a uma atividade vinculada e não-discricionária.

Os desdobramentos do controle de vinculação legal do controle de erro manifesto, o reconhecimento dos conceitos discricionários, o controle dos conceitos

---

17 **SOUZA, António Francisco de.** “Conceitos Indeterminados” no *Direito Administrativo*, ob. cit., pp. 164 a 166.

indiretamente determinados, o controle do interesse público na suspensão da eficácia dos atos e na execução de sentenças, levam a critérios sobre interesse público, grave lesão para o interesse público, suspensão de eficácia do ato administrativo, causa legítima de execução, impossibilidade de cumprimento e grave prejuízo para o interesse público.

Destaca, ainda, António Francisco de Sousa a questão da estrutura jurídica da decisão administrativa, que aplica conceitos legais indeterminados, no que se refere à liberdade e vinculação. A decisão sobre os conceitos legais indeterminados ocorre em duas fases: a interpretação e a subsunção do caso concreto ao conceito, sendo que a subsunção opera-se por três subfases:

- a) “Identificação dos pressupostos de fato e de direito da decisão”;
- b) Ponderação ou valoração dos pressupostos;
- c) Subsunção em sentido estrito (decisão).<sup>18</sup>

A interpretação dos conceitos legais indeterminados deve partir da compreensão precisa e possível de seu sentido. Ela deve levar em conta, inicialmente, o entendimento de que a interpretação nunca poderá ser feita separadamente do contexto legal, em que estão enquadrados esses conceitos. Já a subsunção visa a estabelecer a consonância entre a conduta e os padrões jurídicos, em que se procura:

- a identificação dos pressupostos de fato e de direito;
- ponderação ou valoração dos pressupostos;
- decisão em sentido estrito.

A doutrina, em vista da importância e complexidade da matéria, preocupa-se com a legitimação da decisão sobre interpretação e aplicação dos conceitos gerais indeterminados, ocasião em que extrai certas conclusões, sobre o que os Tribunais devem controlar.

a) Vários argumentos são apontados contra o controle jurisdicional profundo dos conceitos legais indeterminados, oportunidade em que surgem questões como:

1. Falta de preparação técnica do juiz;
2. O juiz está afastado no tempo e no espaço da realidade em que se enquadra a decisão que deve apreciar;

---

<sup>18</sup> SOUSA, António Francisco de. “Conceitos Indeterminados” no Direito Administrativo, ob. cit., p. 190.

3. A decisão administrativa é cada vez mais tomada no quadro de um programa de ação de natureza político-administrativa, traçado pelas entidades administrativas, não devendo ser apreciada fora do contexto do programa em que foi tomada;

4. A natureza das funções é tarefa hoje atribuída à Administração, exigindo-se que possua “flexibilidade” e “dinâmica”, um “campo de manobra” em que se possa livremente mover, a fim de poder escolher o momento exato e a forma mais adequada da sua atuação;

5. Inflação legislativa;
6. Responsabilidade político-administrativa da Administração;
7. Legitimidade democrática da Administração;
8. Caráter eminentemente pessoal de certo tipo de decisão;
9. Caráter institucional da Administração.<sup>19</sup>

b) Os argumentos a favor de um controle jurisdicional profundo, pleno, e ocasionalmente limitado dos conceitos legais indeterminados, pelos tribunais administrativos, conduz a reflexões sobre a interpretação e aplicação dos mesmos, onde surgem algumas conclusões:

“1. Quis judicabit? No Estado de Direito democrático e como um dos seus pilares fundamentais existe um órgão especificamente com a função de julgar;

2. A interpretação e a aplicação dos conceitos indeterminados são sempre actividades da Administração vinculada à lei, pois caracterizam sempre situações em que apenas há uma solução justa;

3. O argumento da falta de preparação técnica é, muitas vezes, mais aparente do que real;

4. A dificuldade do controle não pode ser entendida como base de legitimidade para “certa liberdade” da Administração.<sup>20</sup>

Entende Antônio Francisco de Sousa que “a interpretação e aplicação dos conceitos legais indeterminados, ao apontar para uma única decisão justa, são actividades de mero reconhecimento de uma realidade existente e, assim, uma atividade vinculada.

---

19 SOUSA, Antônio Francisco de. “Conceitos Indeterminados” no Direito Administrativo, ob. cit., págs. 198 a 203.

20 SOUSA, Antônio Francisco de. Ob. cit., pág. 197 e segs.

No entanto trata-se de uma atividade, por vezes, altamente complexa por pressupor a intervenção de elementos subjetivos (valorações subjetivas), prognoses, apreciações técnicas e políticas”.<sup>21</sup>

Compreende, ainda, o publicista que certas decisões, por sua natureza, não devem ser controladas integralmente, pelo que a vinculação opõe-se à discricionariedade, mas haverá vinculação legal, quando o legislador deixa à Administração uma única possibilidade de decisão. Na relação dessas manifestações, elenca:

- a) Decisões altamente pessoais;
- b) Valorações vinculativas;
- c) Decisões de carácter prognóstico;
- d) Decisões de informação.

Ao concluir que o Estado de Direito “impõe o controle pleno da interpretação e aplicação pela Administração dos conceitos indeterminados em matéria disciplinar”, menciona a proporcionalidade da pena aplicada.

Vários são os critérios para o controle jurisdicional dos conceitos legais indeterminados, merecendo destaque, os seguintes:

- 1. A sustentabilidade da decisão;
- 2. O erro manifesto de apreciação;
- 3. O princípio de proporcionalidade;
- 4. Direitos fundamentais, em geral;
- 5. Princípios gerais de direito e princípios gerais de valoração;
- 6. Princípios gerais de igualdade e de imparcialidade;
- 7. Autovinculação da Administração;
- 8. “Opinião média” da sociedade, senso comum, aceitação geral;
- 9. Juízes de experiência comum;
- 10. Juízos da experiência ou do conhecimento técnico;
- 11. Prognose e discricionariedade de planificação.

Ao apontar a importância da temática apreciada, Antônio Francisco de Sousa, destaca o que denomina de “saldo positivo”, no que se refere à matéria, objeto do estudo, para:

---

21 SOUSA, Antônio Francisco de. “Conceitos Indeterminados” no Direito Administrativo, ob. cit., p. 209.

1. o particular;
2. a Administração;
3. o Tribunal e
4. a Ciência do Direito.<sup>22</sup>

O tema dos “Conceitos Indeterminados”, como outros que têm sido examinados pela Ciência Jurídica Contemporânea, vem propiciando todas as formas de controle contencioso, ou não, das atividades estatais, para um autêntico estabelecimento do Estado de Direito Democrático. Dentro dessa reelaboração, destacam-se as sensíveis alterações da jurisprudência constitucional contemporânea, com reflexos não apenas nas temáticas do Direito Público, mas do direito em geral.

Nessas indagações, as decisões são examinadas não apenas no que diz respeito às normas de procedimento, mas aos critérios ou padrões de valoração, com exame da margem de apreciação. É neste sentido que a jurisprudência realiza estudos profundos sobre a margem de apreciação com reflexos em matéria de caráter científico e valorações de caráter pedagógico, merecendo destaque para a seguinte temática:

a) Direitos dos exames: nessas situações examina-se a efetiva proteção jurídica dos direitos fundamentais e o acesso à justiça. Nesta matéria, os direitos fundamentais consagrados vinculam as autoridades administrativas envolvidas, bem como o tribunal, no que se refere as diferenças de opinião especificamente técnica, entre examinados e examinadores, no que se refere também à sustentabilidade técnica das respostas dadas nos exames;

b) Escritos que indicam perigo para a juventude, com discussões sobre a concordância prática entre posições conflitantes, garantidas constitucionalmente, como é o caso da liberdade artística;

c) Admissão a escolas superiores, esgotamento de capacidade: neste sentido, vários recursos constitucionais tinham por base a não-admissão de estudantes nas escolas superiores, já escolhidos, quando a capacidade destas escolas não estava ainda esgotada. Discutiu-se a constitucionalidade de acórdãos, com a teoria do reconhecimento, neste domínio, de certa margem de apreciação a favor da administração pública;’

d) Os critérios da “margem de apreciação” e da “margem de valoração” são examinados à luz da garantia de proteção efetiva dos direitos fundamentais

---

22 SOUZA, António Francisco de. “Conceitos Indeterminados” No Direito Administrativo, ob. cit., pp. 235 e ss.

resultante do Estado de Direito, típico ordenamento global que vincula o Legislador, a Administração e os Tribunais, recaindo sobre os mesmos uma especial responsabilidade, dada a natureza das funções que exercem.

A doutrina francesa<sup>23</sup>, bem como o direito comparado em geral, apresenta diversas indagações sobre a aplicabilidade do controle dos conceitos indeterminados, sendo que na França inicia-se com especulações em torno do controle jurisdicional de toda ação administrativa, que tem grande relação com o “*recours pour excès de pouvoir*”. A utilização deste recurso, ocorre quando existem as seguintes circunstâncias:

1. Um ato administrativo unilateral e executório;
2. não se trate de um ato de governo;
3. verifique-se um interesse em agir, quer se trate de pessoas físicas, ou de pessoas morais;
4. verifique-se um “caso de abertura” (*cas d’ouverture*) do recurso por excesso de poder. Os “casos de abertura” do “recurso por excesso de poder” podem ser:

- a) Incompetência;
- b) Vício de forma e de procedimento;
- c) Violação de lei. Neste Caso, o controle jurisdicional pode ter três intensidades:

- d1) Controle mínimo da qualificação jurídica dos fatos (praticamente restrito ao “erro manifesto”);
- d2) Controle normal da qualificação jurídica dos fatos;
- d3) Controle máximo quando o poder discricionário da Administração ameaça o exercício de liberdades públicas ou põe em causa o direito de **propriedade**.

---

23 **BONNARD, B.** *Le Pouvoir Discretionnaire et le Juge Administratif*, ed. Cujas, cad. 16, 1978; **BRAIBANT, Guy.** *Le principe de la proportionnalité*, em: *Mélanges Waline L.G.D.J.*, 1974; **COSTA, J.-P.**: “*Les Principes de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d’État*”, *A.J.D.A.* 1988; **GUIBAL, M.**: *De la proportionnalité*, *A.J.D.A.* 1978; **LAGASSE, DOMINIQUE.** *L’erreur manifeste d’appréciation en Droit Administratif. Essai sur les limites du pouvoir discrétionnaire de l’administration*, Bruxelas, 1986, Bruyant; **ZILLER, JACQUES.** *Égalité et mérite*, Bruxelas, 1988.



O controle dos conceitos legais indeterminados pode, pois, ser mínimo, normal ou máximo.”<sup>24</sup>

Os conceitos legais indeterminados, quando se trata dos critérios para o controle jurisdicional, levam a considerações em torno do princípio da proporcionalidade e dos direitos fundamentais, este último peça central do Estado de Direito Democrático. Surge daí a importância do princípio da proporcionalidade, que vem tendo ampla aplicação. Este princípio é chamado de “proibição do excesso” (*Übermaßverbot*), que pode ser interpretado por um entendimento amplo ou uma compreensão restrita:

“a) princípio da proporcionalidade em sentido estrito (*Proportionalität*) ou seja, equilíbrio global entre as vantagens e desvantagens da conduta;

b) princípio da necessidade absoluta, indispensabilidade (*Notwendigkeit*) ou da exigibilidade (*Erforderlichkeit*) da medida adotada; e,

c) princípio da adequação (*Geeignetheit*) dos meios aos fins.”<sup>25</sup>

A jurisprudência, a partir dos conceitos indeterminados, ampliou suas formas interpretativas, objetivando superar certos obstáculos. A existência de conceitos imprecisos possibilita a modulação da intensidade do controle dos atos estatais, inclusive no que se refere à apreciação da oportunidade. Está aí a importância no controle de proporcionalidade, que permite a confrontação entre a regra de direito, e a situação de fato, com apreciação de relações lógicas. O interesse pelo alargamento das matérias examinadas permite uma visão global da decisão.

O princípio da proporcionalidade tem valor constitucional; e Fromont entende que este princípio proíbe todos os atentados excessivos contra o direito ou as situações em que se impõe ao Estado uma obrigação de moderação diante do indivíduo. Três elementos governam o princípio de proporcionalidade, permitindo diferentes tipos de

---

24 SOUSA, António Francisco de. “Conceitos Indeterminados” no Direito Administrativo, Livraria Almedina, Coimbra, 1.994, págs. 165 e 166.

25 SOUSA, António Francisco de. “Conceitos Indeterminados” no Direito Administrativo, ob. cit., pág. 230.

controle das atividades estatais: o princípio da pertinência, o princípio da necessidade e o princípio da proporcionalidade estrita. A jurisprudência desenvolveu certas formas de controle de proporcionalidade, destinadas a evitar toda decisão arbitrária.<sup>26</sup>

Giuseppe Morbidelli, examinando o caráter “criativo” da interpretação e o “conceito jurídico indeterminado”, mostra que a Constituição italiana apresenta uma constelação desta noção: razão política (Art. 16 c 1; segurança pública (Art. 17 u.c.; bom costume (Art. 21 u.c.); existência livre e digna (Art. 36 c. 1); fim social (Art. 41 c 3); função social (Art. 42 c. 2); espírito democrático da República (Art. 52 c. 2); bom andamento da administração pública (Art. 97).

Entende que todos estes temas se prestam a uma extrema criatividade, para o trabalho de interpretação. A palavra pode ser usada no sentido flexível, quando vago e incompreensível. Pode adaptar-se, por consequência, às várias épocas de crise da vida humana.

Marshall dizia que a Constituição não pode ser interpretada como um testamento. Na decisão *Mc Culloch V. Maryland*, em 1819. Trata-se da teoria definitiva do “Changed circumstances”, que justifica a leitura contemporânea da Constituição, que se sucede no tempo, em decorrência de novas situações. A Constituição, no que se refere à interpretação, concilia a tendência à estabilidade, com a compreensão evolutiva, devendo associar-se à evolução dos costumes. Destaca-se a evolução do princípio da igualdade na jurisprudência da Corte Constitucional.<sup>27</sup>

---

26 FROMONT, M. “République Fédérale d’Allemagne: l’État de droit”, RDP, 1984; AUBY, J. M. FROMONT, M. “Les recours contre les actes administratifs dans les pays de la CEE”, Paris, 1.971; PHILIPPE, Xavier. Le Contrôle de Proportionnalité dans Les Jurisprudences constitutionnelles et Administratives Françaises, Economica, Presses Universitaires d’ Aix-Marseille, Préface de Charles Debbasch, Paris, 1.990.

27 MORBIDELLI, Giuseppe. *Introduzione al Diritto e All’ Interpretazione*, em Morbidelli, G, Pegoraro, L., Reposo, A. Volpi, M., *Diritto Costituzionale Italiano e Comparato*, Monduzzi Editore, Bolonha, 1997, 2ª edição, pp. 20 e 21.